

Hauck-Scholz, Peter

Hochschulzulassung. Ein verfassungsrechtlicher und hochschulpolitischer Beitrag zur aktuellen Diskussion

Die Hochschule : Journal für Wissenschaft und Bildung 19 (2010) 2, S. 86-104



Quellenangabe/ Reference:

Hauck-Scholz, Peter: Hochschulzulassung. Ein verfassungsrechtlicher und hochschulpolitischer Beitrag zur aktuellen Diskussion - In: *Die Hochschule : Journal für Wissenschaft und Bildung* 19 (2010) 2, S. 86-104 - URN: urn:nbn:de:0111-pedocs-163420 - DOI: 10.25656/01:16342

<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0111-pedocs-163420>

<https://doi.org/10.25656/01:16342>

in Kooperation mit / in cooperation with:



Institut für Hochschulforschung (HoF)
an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

<https://www.hof.uni-halle.de>

Nutzungsbedingungen

Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Die Nutzung stellt keine Übertragung des Eigentumsrechts an diesem Dokument dar und gilt vorbehaltlich der folgenden Einschränkungen: Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen. Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use

We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. Use of this document does not include any transfer of property rights and it is conditional to the following limitations: All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Kontakt / Contact:

peDOCS
DIPF | Leibniz-Institut für Bildungsforschung und Bildungsinformation
Informationszentrum (IZ) Bildung
E-Mail: pedocs@dipf.de
Internet: www.pedocs.de

Mitglied der:


Leibniz-Gemeinschaft

Hochschulzulassung

Ein verfassungsrechtlicher und hochschulpolitischer Beitrag zur aktuellen Diskussion

Peter Hauck-Scholz
Marburg

Das Hochschulzulassungsrecht ist wieder in Mode gekommen. Stand bisher der grundrechtlich gewährleistete Zulassungsanspruch des einzelnen Studienbewerbers im Vordergrund, den zu erfüllen Aufgabe der staatlich organisierten und finanzierten Hochschulen ist, werden seit einiger Zeit Schlagworte wie „Mehr Wettbewerb“, „Budgetierung“, „Stärkung der

Hochschulautonomie“ bemüht, um den „Lehrsatz“ zu begründen, dass im Zeitalter der Exzellenz die einzelne Hochschule im Wettbewerb nur bestehen könne, wenn sie die Möglichkeit hat, sich unter den Studienbewerbern nur die Besten aussuchen zu können. Parallel hierzu verlief eine Hochschulreformgesetzgebung der Länder, die vom Leitbild eines marktwirtschaftlichen Modells geprägt ist, wonach die Hochschulen gleichsam wie privatrechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und sich der Staat zurückziehen habe, um den Marktkräften, die durch Wettbewerb stets den Sieg der Besten und Stärksten ermöglichen, freien Lauf zu geben. Hinzu kam eine geradezu populistische Kritik an der „dirigistischen“ Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS), der Bürgerferne, Zentralismus, Formalismus und nicht zuletzt Ineffizienz vorgeworfen wurde. Es wundert daher nicht, dass seit der 7. Novelle des Hochschulrahmengesetzes (HRG) vom 28.08.2004 (BGBl. I 2004, 2298) die „Reformitis“ Einzug in das Hochschulzulassungsrecht gehalten hat, die zu grundlegenden Änderungen, aber auch zu vermehrter öffentlicher Kritik geführt hat, weil einerseits die Hochschulen unter der Last des vermehrten Verwaltungsaufwands stöhnen, andererseits die Bewerber um Studienplätze mit Zulassungsbeschränkungen unter der Notwendigkeit von Mehrfachbewerbungen und häufig unter verspäteter Zulassung, nämlich lange nach Vorlesungsbeginn, leiden.

Anstatt zu analysieren, was die Ursache für diese negative Entwicklung ist, nämlich die Dezentralisierung und Delegation des Vergabeverfahrens an die Hochschulen für mehr als die Hälfte der zu vergebenden Studienplätze, besteht die einzige Antwort der Väter und Mütter der letzten Fassung des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen¹ darin, mit der ZVS herum zu experimentieren.

Es liegt auf der Hand, dass Gedanken wie die Notwendigkeit, staatliche Machtausübung durch effektiven Grundrechtsschutz zu begrenzen, oder gar ein Grundrechtsverständnis, das in Richtung auf soziale Grundrechte und Teilhaberechte zielt, vor dem Hintergrund des neoliberalen Leitbildes fast wie ein Fremdkörper wirken müssen. Allein – und das ist der Ausgangspunkt der nachfolgenden Ausführungen – das Grundgesetz, dem kein bestimmtes Wirtschaftsmodell zu Grunde liegt,² gilt weiter. Es ist daher im Folgenden die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung um die Frage zu führen, ob und inwieweit die neuen Regelungen zum Hochschulzulassungsrecht mit geltendem Verfassungsrecht in der Ausprägung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar sind.³

Aus dem in Artikel 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium. Dieses Recht ist nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einschränkbar.⁴

Verfassungsrechtliche Grundlegung

Zulassungsbeschränkungen sind nicht zuletzt wegen ihrer Beschränkung von Bildungschancen und hieraus folgend von Lebenschancen nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen erlaubt. Dies gilt nicht nur beim sogenannten absoluten Numerus clausus (Art. 7 Abs. 1 Staatsvertrag 2008), sondern auch beim regionalen oder lokalen Numerus clausus, der dadurch gekennzeichnet ist, dass andernorts, nicht jedoch am Wunschort

¹ Dieser Staatsvertrag wurde von den Ministerpräsidenten der Länder zwischen dem 08.03. und dem 05.06.2008 unterzeichnet. Er soll zum Wintersemester 2010/11 in Kraft treten, was voraussetzt, dass ihn alle Bundesländer bis zu diesem Zeitpunkt ratifiziert haben. Einen guten Überblick über die Geschichte des Hochschulzulassungsrechts geben *Bahro/Berlin*, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage 2003, S. 1 bis 47; s.a. *Hammer*, in: Denninger, HRG-Kom., vor Art. 27 Rn. 10 ff.

² BVerfGE 50, 290, 337 ff. Das GG ist wirtschaftspolitisch neutral.

³ Hierzu ausführlich Hauck-Scholz/Brauhardt, WissR 41 (2008), 307.

⁴ BVerfGE 33, 303, Leitsatz 2.

des Studienbewerbers freie Studienplätze im gewünschten Studiengang verfügbar sind. Dies hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin in seiner Entscheidung vom 16.09.2008⁵ mit der naheliegenden Überlegung begründet, dass sich die Universitäten andernfalls durch den Verweis auf freie Plätze an anderen Universitäten der Verpflichtung entziehen könnten, Studenten bis zur vollen Ausschöpfung ihrer – mit öffentlichen Mitteln geschaffenen – Kapazitäten aufzunehmen. Soweit es um die Bewertung von Auswahlkriterien zur Vergabe von Studienplätzen beim regionalen oder lokalen Numerus clausus geht, müssen die angewandten Auswahlkriterien also auch hier objektiv sachgerecht und individuell zumutbar sein, wie dies das BVerfG für den absoluten Numerus clausus aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet hat.⁶

Das „Erforderliche“ ist getan, wenn zum einen die Kapazitäten voll ausgeschöpft werden⁷ und zum anderen die Auswahl der Bewerber nach objektiv sachgerechten und individuell zumutbaren Kriterien stattfindet.⁸ Aus diesem Gebot folgt, dass Auswahlkriterien, sofern sie rechtlich einen Teil der an sich zulassungsberechtigten Bewerber durch Aufstellung inhaltlicher Anforderungsprofile von vornherein ausschließen (sogenannte Auswahl nach geschlossenen Gruppen), nur dann verfassungsmäßig sind, wenn sie in einem Auswahlssystem so kombiniert werden, dass jeder Bewerber eine reale Zulassungschance durch Erfüllung des Anforderungsprofils wenigstens eines Auswahlkriteriums hat oder wenn sie mit offenen Kriterien kombiniert werden, deren Anforderungsprofil von vornherein von jedem Bewerber erfüllbar ist (zum Beispiel Los oder Wartezeit).⁹ Eine verfassungsrechtliche Würdigung nach diesen Kriterien setzt eine Betrachtung der Auswahlkriterien als System voraus.

Ergänzend ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes zu fordern, dass die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens grundrechtseffektiv zu erfolgen hat. Dies bedeutet, dass Grundrechtsbeeinträchtigungen, die sich vor allem aus der Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ergeben, zu unterbleiben haben. Daher bedarf schon das *Verfahren* der Studienplatzverteilung eines verfassungsrechtlich legitimen Grundes, gemessen am Maßstab des

⁵ Verfassungsgerichtshof Berlin, B. v. 16.09.2008 – VerfGH 81/08 und 81 A/08 –, DVBl. 2008, 1377 = Juris.

⁶ BVerfGE 33, 303, 345; 43, 291, 314, 317, 323, 345, 364, 388; 59, 1, 31.

⁷ BVerfGE 33, 303, 338.

⁸ BVerfGE 33, 303, 345; 43, 291, 314, 317, 323, 345, 364, 388; 59, 1, 31.

⁹ Vgl. Hauck, in: Denninger, HRG, § 33 Rz 28.

Grundrechts, in das eingegriffen wird. Dieses Gebot gilt sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch der vollziehenden Verwaltung und gegenüber der Justiz.

Zumindest beim absoluten Numerus Clausus erfordert Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, der hier in seiner strengsten Form anzuwenden ist, weil die Studienplatzzuteilung den Begünstigten alles und den Abgewiesenen nichts bringt, dass die Vergabe für *alle* Bewerber nach *einheitlichen* Auswahlkriterien zu erfolgen hat, so dass für jedes anzuwendende zulässige Auswahlkriterium eine *einheitliche bundesweite Rangfolgeliste* zu erstellen ist. Daher muss die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens *systembedingt zentral* erfolgen. Hiergegen verstößt das derzeitige Vergabeverfahren mit seiner Delegation der Vergabekompetenz auf die Hochschulen für nahezu 60% der Studienplätze.

Das Auswahlverfahren der Hochschulen

Bereits mit dem gescheiterten Entwurf eines 4. HRG-ÄndG unternahm die Bundesregierung 1990 den Versuch, die Hochschulen zu ermächtigen,¹⁰ an der Auswahl ihrer Studienanfänger mitzuwirken. Allerdings scheiterte der Entwurf an inhaltlichen Einwendungen. Kritisiert wurden unter anderem eine Zersplitterung der Zulassungskriterien und eine Unüberschaubarkeit des Vergabeverfahrens, wenn den einzelnen Hochschulen das Recht eingeräumt würde, die Zulassungskriterien selbst festzulegen.¹¹ Diese nach wie vor berechtigte Kritik hat den Bund (durch Novellierung des HRG) und die Länder (durch Vereinbarung des Staatsvertrages 2006) nicht daran gehindert, das sogenannte *Auswahlverfahren der Hochschulen* einzuführen.

Das Auswahlverfahren der Hochschulen hat systembedingte Nachteile gegenüber einem zentralen Auswahlverfahren. Denn es führt zu einer Zersplitterung der Zulassungskriterien und deren Handhabung sowie zur Unüberschaubarkeit des Vergabeverfahrens. Hierdurch wird den Studienbewerbern Planungssicherheit für ihren künftigen Lebensweg genommen.

Verfahrensbedingt wählt ein Studienbewerber beim Auswahlverfahren der Hochschulen mit der Angabe des Studienortes nicht nur den Ort, an dem er studieren möchte, sondern zugleich auch das Auswahlsystem, nach dem die Hochschule ihre Studienplätze vergibt. Da diese Auswahlssysteme im Hochschulvergleich uneinheitlich sind, ist eine Einschät-

¹⁰ Bundesregierung, Gesetzesentwurf zum 4. HRG-ÄndG v. 20.10.1990, BT-Drs. 11/8167.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 11/8167, Anlage 2, und Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 5.

zung der Zulassungschancen bei der Entscheidung für einen bestimmten Hochschulort nicht mehr möglich. Obwohl als Eignungsauswahlssystem normativ deklariert, nähert sich das Auswahlverfahren der Hochschulen hinsichtlich der Einschätzungsmöglichkeiten der Zulassungschancen einem Auswahlssystem an, bei dem Studienplätze verlost werden und wo das Zufallsprinzip gilt. Eigenes studien- und berufsbezogenes Zutun, dem das BVerfG bei einer Eignungsauswahl einen besonders hohen Stellenwert hinsichtlich des Erfordernisses der individuellen Zumutbarkeit beigemessen hat, spielt bei der Ortsauswahlentscheidung des Studienbewerbers nur an wenigen Hochschulorten eine Rolle. Das verfassungsrechtliche Gebot der Vergleichbarkeit des Auswahlkriteriums Eignung in Verbindung mit dem Gebot, für eine sichere Rangfolgebildung unter den prinzipiell gleich geeigneten Bewerbern zu sorgen, bleibt auf der Strecke.

Der erhebliche Verwaltungsaufwand, der mit der Handhabung der normativ festgelegten Auswahlkriterien (siehe Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Staatsvertrag 2008) insbesondere bei einer Kombination dieser Kriterien verbunden ist, hat etliche Hochschulen dazu veranlasst, die Rangliste der Bewerber ausschließlich nach der Abiturdurchschnittsnote zu bilden. Das Landesquotenverfahren als Notbehelf zur Herstellung der Vergleichbarkeit von Abiturdurchschnittsnoten aus unterschiedlichen Ländern findet systembedingt hier keine Anwendung. Im Ergebnis führt dies zu einer verkappten Landeskinderklausel, der durch die Absicherung der freien Wahl der Ausbildungsstätte in Art. 12 Abs. 1 GG gerade begegnet werden sollte.¹²

Eine Limitierung der Zahl der Ortswünsche auf sechs (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Staatsvertrag 2008) ist verfassungsrechtlich nicht begründbar, jedenfalls soweit die Studienplätze in einem zentralen Vergabeverfahren vergeben werden. Denn die Zahl der Ortswünsche ist für ein zentral gesteuertes Vergabeverfahren hinsichtlich des Verwaltungsaufwandes, der als einziger Legitimationsgrund in Betracht kommt, ohne Bedeutung, wie ein Blick auf die letzten 30 Jahre der Tätigkeit der ZVS belegt. Beim Auswahlverfahren der Hochschulen lässt sich die Limitierung mit deren Anliegen, den Verwaltungsaufwand möglichst klein zu halten, nachvollziehen. Dem steht aber entgegen, dass angesichts der Intransparenz und Varianz der angewandten Auswahlkriterien jeder Studienbewerber das legitime Anliegen hat, seine Zulassungschancen an möglichst allen Hochschulorten, die den betreffenden Studiengang anbieten, zu suchen – so wie das in der Vergangenheit beim zentralen Auswahlverfahren völlig selbstverständlich

¹² BVerfGE 33, 303, 354.

war. Die Limitierung führt also allein aus Gründen der Reduzierung des Verwaltungsaufwands zu einer Begrenzung von Zulassungschancen. Gegenüber der Grundrechtsverwirklichung haben Verwaltungsinteressen angesichts der massiven Verschlechterung der Zulassungschancen der Studienbewerber zurückzustehen.

Das geradezu ideologisch erscheinende Argument der Hochschulpräsidenten und -rektoren, im Zeitalter des Wettbewerbs unter den Hochschulen und der Exzellenzinitiative dürften die Hochschulen beanspruchen, sich ihre Studierenden selbst auszusuchen, stellt die Verfassungssituation auf den Kopf. Nicht die Hochschulen haben gegenüber den Studienbewerbern Grundrechte, sondern die Studienbewerber gegenüber den Hochschulen. Wenn schon der Wettbewerbsgedanke ins Feld geführt wird, geht es nicht um einen Wettbewerb der Hochschulen um die besten Studierenden, sondern um einen Wettbewerb der Studierenden um die besten Hochschulen. Im übrigen wird dem Exzellenz-Gedanken bereits hinreichend durch die Auswahlquote der sogenannten Abiturbesten (Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Staatsvertrag 2008) Rechnung getragen. Denn wenn die Abiturbesten als vermeintliche Elite ihre Ortsauswahlentscheidung treffen, werden hierdurch den „exzellenten“ Hochschulen die „exzellenten“ Abiturienten zugeführt.

Eine weitere Limitierung der Zulassungschancen durch die Ermöglichung einer Vorauswahl der Teilnehmer am Auswahlverfahren der Hochschulen seitens der vom Studienplatzbewerber ausgewählten Hochschule (Art. 10 Abs. 1 S. 3 Staatsvertrag 2008) unterliegt noch größeren verfassungsrechtlichen Bedenken als die Limitierung der Ortsauswahlwünsche. Denn die beim Auswahlverfahren der Hochschulen anzuwendenden Kriterien führen, wenn auf die Eignungskriterien des Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Staatsvertrag 2008 abgestellt wird, zum selben Verwaltungsaufwand der Hochschule wie ohne Vorauswahl und, wenn auf soziale Ortsauswahlkriterien abgestellt wird, zur klaren Verfassungswidrigkeit, weil die Ortsbindung kein zulässiges Auswahlkriterium ist, wenn es um die Frage geht, ob der Studienbewerber im betreffenden Studiengang überhaupt einen Platz erhält. Durch die Vorauswahl durch die Hochschulen findet ein endgültiger Ausschluss vom Auswahlverfahren mit der Folge statt, dass der Studienbewerber an dieser Hochschule den gewünschten Studienplatz nicht erhalten kann.

Maßgeblich für die Bewertung ist schließlich, dass bei der Einführung eines Auswahlverfahrens der Hochschulen der Anspruch auf einen Studi-

enplatz nach wie vor effektiv realisiert werden können muss.¹³ Dies ist, systemlogisch und wie die Erfahrung lehrt, nur bei bundeseinheitlich festgelegten Vergabekriterien und einem zentralen Vergabeverfahren denkbar.

Die aufgezeigte gesetzesegeordnete Unübersichtlichkeit des Auswahlverfahrens der Hochschulen verstößt auch gegen das Auswahlkriterium der individuellen Zumutbarkeit, das ebenfalls von Verfassung wegen zu berücksichtigen ist. Denn irgendwelche Prognosen über die Zulassungschancen für ein bestimmtes Bewerbungssemester sind auf der gegebenen Grundlage nicht mehr möglich. Gerade wenn eine Hochschulzulassung nicht unmittelbar nach Erlangung der Hochschulzugangsberechtigung erwirkt werden kann, stellt sich für jeden Bewerber die Frage, wie es weitergeht, insbesondere ob er auf den Erfolg künftiger Bewerbungen vertraut oder aber den Studiengangwunsch aufgibt. Bekanntlich führen in einer solchen Situation Wartezeiten zu unwiederbringlichen Zeitverlusten und zu einer Beschränkung von Lebenschancen.

Art. 10 Abs. 1 S. 2 Staatsvertrag 2008 schreibt zwar vor, dass bei der Auswahlentscheidung im Auswahlverfahren der Hochschule dem Grad der Qualifikation ein maßgeblicher Einfluss gegeben werden müsse. Der Katalog der Eignungskriterien der in Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 aufgeführt ist, ist entgegen der früheren Regelung nicht abschließend, sondern exemplarisch („insbesondere“). Dadurch wird den Landesgesetzgebern die Möglichkeit gegeben, weitere Auswahlkriterien vorzusehen. Die Ausweitung des Katalogs der Eignungskriterien bzw. deren Veränderung (beim Auswahlgespräch) verschärft die Einschränkung der Freizügigkeit für die Studienbewerber sowie die Vergleichbarkeit der Auswahlmaßstäbe. Freizügigkeit und Vergleichbarkeit der Auswahlmaßstäbe sind im übrigen nur bei einer zentralen Studienplatzvergabe realisierbar.

Die Kritik an der Durchschnittsnote als Eignungsauswahlkriterium¹⁴ sowie die negativen Erfahrungen mit den sogenannten Medizinertests hätten den Gesetzgeber davor bewahren müssen, ein neues Eignungsauswahlverfahren in Form des Auswahlverfahrens der Hochschulen zu ermöglichen, ohne dass in irgendeiner seriösen Art und Weise wissenschaftliche Untersuchungen zur Eignung des Kriterienpotpourris angestellt wurden. Angesichts der Dauer des absoluten Numerus clausus in immer denselben Studiengängen sowie des Zeitraums, der seit den grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zum Numerus clausus verstrichen ist, ist kein legitimer Grund für das jetzt offenbar gewordene

¹³ So die Forderung des BVerfGE 33, 303, 357.

¹⁴ Vgl. hierzu Hauck-Scholz/Brauhardt, WissR 41 (2008), 307 (329 f.).

Versagen des Gesetzgebers anzuführen. Festzustellen ist vielmehr, dass das neue Hochschulauswahlverfahren im Vergleich zum bisherigen Auswahlverfahren erhebliche Verschlechterungen und Mängel enthält, insbesondere durch die eingetretene Unübersichtlichkeit und Erschwerung der Planbarkeit des eigenen Verhaltens zur Verbesserung der Zulassungschancen. Die Verschlechterung der Zulassungschancen durch die Limitierung der Zahl der angebbaren Hochschulorte tut ein Übriges.

Die übrigen Auswahlkriterien

Eine *Wartezeitquote*, die so gering ist, dass Wartezeiten von drei und mehr Jahren erforderlich sind, um einen Studienplatz erhalten, ist unzumutbar und daher verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁵ Denn bei solchen Wartezeiten werden Bewerber aus Bevölkerungskreisen mit geringem Einkommen von ihrem Studiumswunsch in der Regel ausgeschlossen, so dass das Gebot der Chancengleichheit nicht realisiert werden kann.

Tests als Auswahlkriterien sind verfassungsrechtlich nur dann hinnehmbar, wenn sie Studien- und Berufserfolg objektiv sicherer messen können als das Abitur. Dies ist nach dem bisherigen Stand der Testentwicklung nicht der Fall. Immerhin stellte das BVerfG bezüglich solcher Tests die Forderung auf, dass sie geeignet sein müssten, Studien- und Berufserfolg objektiv sicherer zu messen¹⁶ als dies bei dem vom BVerfG bereits in seinem ersten Numerus-clausus-Urteil kri-

¹⁵ BVerfGE 59, 1, 22. Anderer Ansicht Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, NVwZ-RR 2006, 695, 698. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof beruft sich bei seiner Annahme, dass Wartezeiten erst bei einer über die Regelstudienzeit hinausreichenden Länge von 6 bis 7 Jahren unzumutbar seien, auf BVerfGE 43, 291, 319.

¹⁶ BVerfGE 43, 291, 320; dort verlangt das BVerfG bzgl. des Abiturs eine Prognosesicherheit für Studien- und Berufserfolg. Das gilt dann erst recht für Hochschuleingangstests (vgl. Hauck in Denninger, HRG, § 33 Rz 40).

tisierten Abitur¹⁷ der Fall sei. Mit der Aufhebung des § 33 HRG¹⁸ dokumentierte der Gesetzgeber seine Zweifel an der Eignung der Tests.¹⁹

Was *die weiteren Kriterien* des Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Staatsvertrag 2008 für die Eignungsauswahl anbelangt, unterscheiden sie sich von der Abiturdurchschnittsnote vor allem dadurch, dass ihre Validität hinsichtlich einer Prognose auf Studien- und Berufserfolg noch unsicherer ist, weil keinerlei empirische Untersuchungen vorliegen. Hinzu kommt, dass sich die meisten von ihnen einer sicheren und verlässlichen Messung entziehen, weil sie auf Einschätzungen beruhen, die gerichtlich kaum überprüfbar sind. Ein Auswahlkriterium aber, das keine volle gerichtliche Überprüfbarkeit zulässt, ist mit dem Gleichbehandlungsprinzip nicht vereinbar. Die Dezentralisierung des Vergabeverfahrens, die Limitierung der Auswahl der Hochschulorte sowie die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der Hochschulen erschweren nach alledem verfahrensbedingt den Zugang zum Wunschstudium für den einzelnen Studienbewerber, ohne dass es hierfür einen gegenüber dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG legitimen Grund gibt.

Regelung des Auswahlverfahrens durch Satzungsrecht der Hochschulen

Beim Auswahlverfahren der Hochschulen sind wichtige Teile des Vergabeverfahrens, nämlich die Festlegung der maßgeblichen Auswahlkriterien und die Regelung des Vorauswahlverfahrens dem Satzungsrecht der Hochschulen überantwortet worden. Eine solche Delegation kann aus verfassungsrechtlichen Gründen (Grundsatz der demokratischen Legitimation²⁰) nur der Gesetzgeber selbst, nicht aber der Verordnungsgeber vornehmen. Die insoweit bestehende verfassungsrechtliche Lücke einer hinreichenden

¹⁷ BVerfGE 33, 303, 349; 43, 291, 318.

¹⁸ § 33 HRG regelte das Besondere Auswahlverfahren, das zum Zuge kommen sollte, wenn die im allgemeinen Auswahlverfahren anzuwendenden Auswahlkriterien Durchschnittsnote und Wartezeit zu unzumutbar hohen Grenzwerten führen. Dieses Auswahlverfahren, in dessen Umsetzung seinerzeit der Test für die medizinischen Studiengänge (TMS) eingeführt und praktiziert wurde, wurde vom BVerfG unter dem Aspekt, dass der Gesetzgeber mit diesem Verfahren erst noch Erfahrungen sammeln dürfe, für verfassungsgemäß erklärt, BVerfGE 43, 291, 321.

¹⁹ Bemerkenswert ist, dass nach der Einführung des TMS die Bewerberzahlen bei der ZVS für die medizinischen Studiengänge Humanmedizin und Zahnmedizin drastisch zurückgingen, so dass man – rückblickend betrachtet – dem Test wenigstens die Funktion eines Motivationskriteriums beimessen kann.

²⁰ BVerfGE 93,37; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Hdb des StaatsR III, § 64 Rn. 21.

gesetzlichen Ermächtigung für eine Regelung durch Hochschulsatzung im Staatsvertrag 2008 konnte nur durch die Begleitgesetze zum Staatsvertrag 2008 geschlossen werden, indem diese Begleitgesetze eine entsprechende Satzungsermächtigung für die Hochschulen regelten.²¹ Dennoch bestehen gegen die Delegation erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Diese beruhen darauf, dass es bei den satzungsrechtlichen Regelungen um Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG geht und dass von der Regelung Personen betroffen sind, die nicht Hochschulmitglieder, sondern externe Personen sind. Solche Regelungen sind aber dem Gesetzgeber vorbehalten. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Satzungsgeber zumindest für die Situation des absoluten Numerus clausus lediglich gestattet, „fachlich-technische“ Regelungen zu treffen²², zumal es der einzelnen Hochschule schwerlich möglich sei, eine Gleichbehandlung der Bewerber durch übereinstimmende Auswahlkriterien sicherzustellen.

Rechtsschutzprobleme

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer dezentralisierten Studienplatzvergabe dürfen Rechtsschutzprobleme nicht außer Betracht bleiben. Diese sind gravierend.

Bei der zentralen Studienplatzvergabe war aufgrund von Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes sichergestellt, dass nur ein Gerichtsverfahren notwendig war, um die Rechtmäßigkeit eines Ablehnungsbescheides der ZVS gerichtlich überprüfen zu lassen. Durch das dezentralisierte Vergabeverfahren sind es mindestens sieben und, wenn Vorauswahlentscheidungen der Hochschulen angegriffen werden sollen, entsprechend mehr. In allen Fällen wird, um unwiederbringliche Zeitverluste zu vermeiden, auch eine einstweilige Anordnung beantragt werden müssen. Dies verdoppelt die Zahl der notwendigen Gerichtsverfahren. Hierdurch wird das Grundrecht der Studienbewerber aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt, weil allein durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens effektiver Rechtsschutz außerordentlich erschwert wird.²³

²¹ Vgl. z.B. § 4 Abs. 5 des Hessischen Begleitgesetzes zum Staatsvertrag 2008 (GVBl. I, 705).

²² BVerfGE 33, 303, 346.

²³ BVerfGE 33, 303, 357.

Versucht ein Studienbewerber, die Verfassungsmäßigkeit des derzeitigen Vergabeverfahrens gerichtlich überprüfen zu lassen, sind die Rechtsschutzprobleme nahezu unlösbar. Dies beruht vor allem darauf, dass die ZVS und die Hochschulen die verfügbaren Studienplätze zu einem bestimmten Termin restlos vergeben, von Nachrückverfahren einmal abgesehen. Dem stehen die Besonderheiten eines Normenkontrollverfahrens und der damit verbundene Zeitaufwand entgegen. Da die Grundstruktur des angegriffenen Vergabeverfahrens durch den Staatsvertrag, also gesetzlich geregelt ist, obliegt das Verwerfungsmonopol aufgrund von Art. 100 Abs. 1 GG (und den entsprechenden Verfassungsgerichtsgesetzen der Länder) dem Bundesverfassungsgericht bzw. dem Landesverfassungsgericht. Erst nach Erschöpfung des Rechtswegs, also nach Durchlaufen des Instanzenzuges durch alle Instanzen, kann der Studienbewerber selbst mit der Verfassungsbeschwerde das BVerfG anrufen. Der mit dieser Verfahrensgestaltung verbundene Zeitaufwand, der in der Regel drei bis fünf Jahre dauern kann, macht es für den einzelnen Studienbewerber uninteressant, eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Vergabeverfahrens herbeizuführen, von den Kosten ganz zu schweigen.

Das gerichtliche Eilverfahren, das in solchen Fällen im Interesse effektiver Rechtsschutzgewährung angezeigt ist, scheitert in der Regel aus zwei Gründen. Zum einen setzt eine solche einstweilige Anordnung, durch die dem klagenden Studienbewerber vorläufig der begehrte Studienplatz zugewiesen wird, voraus, dass die geltend gemachten Verfassungsverstöße offensichtlich sind.²⁴ Hiervon wird man nicht ohne weiteres ausgehen können. Zum anderen steht der Realisierung des Wunsches im Eilverfahren entgegen, dass die verfügbaren Studienplätze an die konkurrierenden Bewerber bereits sämtlich vergeben sind. Zwar sind, wenn der Einwand der Verfassungswidrigkeit des Vergabeverfahrens durchgreift, sämtliche Zulassungsbescheide rechtswidrig, weil sie auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruhen. Das hilft dem übergangenen Studienbewerber aber nicht, weil weder das Gericht noch er befugt sind, auch nur einen der rechtswidrigen Zulassungsbescheide aufzuheben. Zwar kennt die Rechtsordnung für andere Konkurrenzsituationen Lösungsmodelle, etwa das beamtenrechtliche Konkurrentenschutzverfahren. Deren Übertragbarkeit ist aber schon deswegen zweifelhaft, weil es bei der Studienplatzvergabe im Gegensatz zum beamtenrechtlichen Konkurrentenschutzverfahren um ein Massenverfahren geht, so dass durch eine gerichtliche Stoppverfügung tausende von Studienplätzen für die Dauer des gerichtlichen Eilverfahrens

²⁴ BVerfGE 86, 382, 389; vgl. auch OVG Münster, NJW 1979, 330.

nicht besetzt werden könnten, so dass nicht nur der klagende Studienbewerber, sondern viele andere Studienbewerber durch die Dauer des gerichtlichen Eilverfahrens unwiederbringliche Zeitverluste erleiden, ganz abgesehen davon, dass der Lehrbetrieb der Hochschule völlig durcheinander gerät, wenn nicht zum geplanten Semesterbeginn, sondern zu einem späteren Zeitpunkt im Laufe eines Semesters die von der Stoppverfügung erfassten Studienbewerber ihr Studium aufnehmen würden.

Selbst wenn man die Zulassung des klagenden Studienbewerbers entsprechend § 19 Abs. 5 VergabeVO ZVS auf das nächste Semester verschiebt, bedeutet dies für den klagenden Studienbewerber angesichts des inzwischen überall eingeführten Studienjahrbetriebes einen Zeitverlust von mindestens einem Jahr.

Nicht gelöst ist auch das weitere Problem, nach welchen verfassungsgemäßen Zulassungskriterien die Auswahl im gerichtlichen Eilverfahren stattzufinden hat und ob – bei Zugrundelegung dieser Kriterien – der klagende Studienbewerber ausgewählt worden wäre. Diese Problematik ist aus den gerichtlichen Eilverfahren um sogenannte verschwiegene Studienplätze durchaus bekannt, wo die Vergabe unter den konkurrierenden Antragstellern in der Regel durch Verlosung der verschwiegenen Plätze erfolgt. Wer sind aber im vorliegenden Falle die konkurrierenden Bewerber? Nach geltendem Prozessrecht können das nur diejenigen sein, die ebenfalls einen Eilantrag gestellt haben. Da der zu vergebende Studienplatz aber nur dadurch gewonnen werden kann, dass ein bereits, wenn auch verfassungswidrig, zugeteilter Studienplatz dem betroffenen Studenten vorläufig weggenommen wird, setzt die Anwendung des Losverfahrens voraus, dass die ZVS und alle Hochschulen die von ihnen vorgenommenen Studienplatzzuteilungen widerrufen,²⁵ ein Weg, der aus den oben geschilderten Gründen nicht gangbar erscheint.

Die „neue“ ZVS

Gegenüber dem Staatsvertrag 2006 enthält der Staatsvertrag 2008 die Neuerung, dass die *ZVS* aus einer Anstalt des öffentlichen Rechts in eine *Stiftung des öffentlichen Rechts* nach nordrhein-westfälischem Landes-

²⁵ Oder durch Los bestimmen, welchem Studenten der Studienplatz vorläufig weggenommen wird. Als weiteres Hindernis erweist sich der Umstand der dezentralen Studienplatzvergabe. Da für den klagenden Studienbewerber nur ein Platz benötigt wird, müsste – durch Los? – vorab bestimmt werden, welcher Kompetenzträger zur Studienplatzverteilung die Verlosung zur Studienplatzentziehung vorzunehmen hat.

recht mit dem Namen Stiftung für Hochschulzulassung umgewandelt wird und dass ihr neue Aufgaben in Gestalt von sogenannten Dienstleistungsaufgaben zugewiesen werden.

Die Notwendigkeit einer solchen Veränderung der ZVS erschließt sich nicht. Im Regierungsentwurf wird die Umwandlung damit begründet, dass die hoheitlichen Aufgaben im zentralen Vergabeverfahren zunehmend an Bedeutung verlieren. Diese Einschätzung ist mutig, wenn man bedenkt, welche gravierenden verfassungsrechtlichen Einwendungen gegen die Dezentralisierung des Vergabeverfahrens bestehen. Abgesehen davon aber wachsen der Stiftung Dienstleistungsaufgaben zu, die in Art. 4 Staatsvertrag 2008 genannt sind. Dienstleistungsaufgaben für die Hochschulen hat die ZVS aber auch schon bisher wahrgenommen, ohne dass ersichtlich wäre, dass die Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts dem in irgendeiner Weise entgegenstünde.

Hinter der Aufgabendefinition in Art. 4 Abs. 1 Staatsvertrag 2008 verbirgt sich ein ehrgeiziges und kosten- und zeitintensives Projekt zur Entwicklung einer neuen Software, mit deren Hilfe das Bewerbungsportal mit den Funktionen der Information und Beratung der Studienbewerber, der Aufbereitung der Bewerberdaten, dem Abgleich der Mehrfachzulassungen sowie der Vermittlung von nicht besetzten Studienplätzen mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung aktiviert werden soll.²⁶

Diese als Dienstleistungsaufgaben beschriebenen Teilaufgaben sind Folgen zweier wesentlicher Entwicklungslinien im Hochschulbereich, die von den verantwortlichen Akteuren so gewollt waren, so dass die hieraus entstandenen Probleme hausgemacht sind.

Zum einen handelt es sich dabei um die Dezentralisierung der Studienplatzvergabe, deren verfassungsrechtliche Bedenklichkeit bereits dargestellt wurde. Bei zentraler Vergabe unter Einschluss der Studiengänge, bei denen nur eine Ortsverteilung notwendig ist, gäbe es nicht das Problem der Mehrfachzulassungen und den damit verbundenen enormen Verwaltungsaufwand; ebensowenig gäbe es die Problematik nicht besetzter Studienplätze trotz Zulassungsbeschränkungen.

²⁶ Nach den derzeitigen Planungen zwischen Bund und Ländern soll die neue Software bis Ende März 2011 an den Hochschulen implementiert sein, so dass sie zum Wintersemester 2011/12 erstmals zum Einsatz kommen kann. In der Übergangszeit gilt ein „Übergangsverfahren“ mit einer „Studienplatzbörse“, die zum Wintersemester 2009/10 erstmals zum Einsatz gekommen ist und mit einem totalen Fiasko geendet hat, weil die Zahl der zu Beginn der Vorlesungszeit nicht besetzten Studienplätze in Studiengängen mit Zulassungsbeschränkungen weit höher als vorher war und die Hochschulen mit den Nachrückverfahren nicht mehr klarkamen.

Zum anderen handelt es sich um die Art und Weise der Umstellung der Studienstruktur auf Bachelor und Master, deren Zielsetzung darin bestand und besteht, Studienabschlüsse innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vergleichbar zu machen und dadurch die Freizügigkeit innerhalb Europas zu fördern. Der deutsche Weg der Umstellung hat nicht nur zu einer Unzahl verschiedener Studiengänge geführt, sondern insbesondere auch dazu, dass die zur Gewährleistung innerdeutscher Freizügigkeit erforderliche Gleichartigkeit der Studieninhalte und Studiengänge bis zur Unkenntlichkeit aufgelöst worden ist. Ein besonders prägnantes Beispiel ist der Diplom-Studiengang Psychologie – einer der härtesten Numerus clausus-Studiengänge. Der zulassungsrechtliche Effekt dieser Entwicklung besteht darin, dass es für die neuen Studiengänge im Bereich der Psychologie nur noch örtliche Zulassungsbeschränkungen gibt und keinerlei zentrale Vergabe mehr. Die beschriebene Entwicklung hat die fatale Nebenwirkung, dass die Hochschulen, die in der Regel chronisch unterausgestattet sind, jedoch – unter dem Regime des Wettbewerbs der Knute einer hypertrophen Profilbildung folgend – sich gezwungen sehen, für die meisten dieser neuen Studiengänge Zulassungsbeschränkungen zu beschließen, die von den verantwortlichen Ministerien gebilligt werden, weil diese entweder nicht in der Lage sind, dem Prozess Einhalt zu gebieten, oder aber unter dem Schlagwort der Autonomisierung der Hochschulen diese sich selbst überlassen. Demgegenüber stellt die Konstituierung der Dienstleistungsaufgaben für die Stiftung für Hochschulzulassung nichts weiter als ein Kurieren an Symptomen dar, das nicht nur teuer ist, möglicherweise über Jahre hinaus störanfällig bleibt, sondern auch nicht geeignet ist, den Ursachen der Entwicklung wirksam zu begegnen. Bedauerlich ist, dass die Abschaffung des Ortsverteilungsverfahrens (Art. 9 und 10 Staatsvertrag 2006), durch das mit einfachen Mitteln Abhilfe geschaffen werden könnte, durch den Staatsvertrag 2008 wie ein Naturgesetz hingenommen und lediglich damit begründet wird, dass dieses schon seit mehreren Jahren nicht mehr angewendet worden und daher entbehrlich sei. Verschwiegen wird dabei, dass die Länder bis auf das Sitzland der ZVS, Nordrhein-Westfalen, die Anwendung des Ortsverteilungsverfahrens regelrecht boykottiert haben, um ihre Kritik am zentralen Vergabeverfahren und an der ZVS zu unterstreichen.

Auch die ZVS hat durch ihren Bewerberservice bisher schon Studienbewerber beraten und informiert, unterstützt durch die Homepage der ZVS. Nicht zuletzt diese – ortsferne – Beratungstätigkeit der ZVS war einer der Kritikpunkte an der Arbeitsweise der ZVS. Wieso nun ein Bewer-

bungsportal in der Verantwortung der Stiftung für Hochschulzulassung an diesem Kritikpunkt etwas ändern soll, ist nicht ersichtlich. Zum Wesen einer qualifizierten Beratung gehört immer der persönliche Kontakt zwischen der Person, die berät, und der Person, die beraten werden möchte. Das Bewerbungsportal kann einen solchen Kontakt weder herstellen noch ersetzen. Es ist sogar zu befürchten, dass mit dem Einsatz des Bewerbungsportals die persönliche Beratung von Bewerbern, die bei der ZVS noch möglich war, immer stärker in den Hintergrund tritt und dass dies sogar eine Zielsetzung bei der Definition der Dienstleistungsaufgaben war.

Mit der Aufgabenstellung der Aufbereitung der Bewerberdaten, dem Abgleich der Mehrfachzulassungen sowie der Vermittlung von nicht besetzten Studienplätzen wird eine Funktion definiert, die nur zentral erfüllt werden kann. Im Gegensatz zum klassischen zentralen Vergabeverfahren ist diese Funktion aber nicht nur mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden, sondern auch mit erheblichen rechtlichen Problemen, wobei hier nur auf die datenschutzrechtlichen hingewiesen sei. Die zentrale Funktion der Stiftung für Hochschulzulassung setzt nämlich voraus, dass die allein zulässigerweise von den Hochschulen erhobenen Bewerberdaten an die Stiftung weitergegeben werden, damit sie dort verarbeitet werden, wozu es einer normativen Grundlage bedarf, die jedenfalls der Staatsvertrag nicht enthält. Ob hier eine datenschutzrechtliche Einverständniserklärung ausreicht, dürfte angesichts der Erfordernisse an die Wirksamkeit einer solchen mehr als zweifelhaft sein. Bezüglich der Verarbeitung dieser Bewerberdaten bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Volkszählungsurteil zudem bereichsspezifischer Regelungen, die der Staatsvertrag ebenfalls nicht enthält. Dies wäre aber im Interesse der Funktionsfähigkeit des Dienstleistungssystems erforderlich gewesen, weil unterschiedliches Landesrecht zum Schutz der Bewerberdaten die Funktionsunfähigkeit des Dienstleistungssystems zur Folge haben kann.

Die Regelungen des Artikels 4 Abs. 2 Staatsvertrag 2008 ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Durch diese Bestimmung wird die Stiftung ermächtigt, die Anzahl der Studienwünsche je Bewerber zu beschränken (12 Wünsche müssen aber möglich sein) und die Bewerber zu verpflichten, ihre Studienwünsche in eine verbindliche Reihenfolge zu bringen.

Zum einen bedürfen Ermächtigungen an die Verwaltung, deren Gebrauch im Ermessen der Verwaltung steht, bei Grundrechtseingriffen nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Bestimmtheitsgebotes einer gesetzlichen Festlegung nach Inhalt, Zweck und

Ausmaß des exekutiven Eingriffs. Von diesem Erfordernis ist die Bestimmung des Artikels 4 Abs. 2 Staatsvertrag 2008 weit entfernt. Man kann bestenfalls mutmaßen, dass es auch hier um Verwaltungsvereinfachung geht. Warum und aus welchem Anlass die Eingriffe gemäß Art. 4 Abs. 2 Staatsvertrag 2008 der Verwaltungsvereinfachung dienen können, ist dem Staatsvertrag aber nicht zu entnehmen.

Zum anderen ist eine Beschränkung der Zahl der Studienwünsche für die Informations- und Beratungsaufgabe der Stiftung nicht plausibel, jedenfalls dann, wenn die Aufgabe durch die Einrichtung eines Bewerbungsportals und nicht etwa durch ortsnahe persönliche Bewerbergespräche gelöst werden soll, denn für die Datenverarbeitung ist es unerheblich, wie viele Interessenten sich über wie viele Studiengänge erkundigen. Aber auch für persönliche Bewerbergespräche macht es keinen Sinn, durch eine Beschränkung möglicher Studienwünsche die Beratung einzuschränken. Geht es um die Aufbereitung der Bewerberdaten, den Abgleich der Mehrfachzulassungen sowie die Vermittlung von nicht besetzten Studienplätzen, handelt es sich der Sache nach um ein Ortsverteilungsverfahren. Da auch das neue Verfahren EDV-gestützt realisiert werden soll, ist eine Limitierung der Studienwünsche nicht nachvollziehbar, da es dem Computer ziemlich egal ist, wie viele Daten zu verarbeiten und wie viele Durchläufe durchzuführen sind, bis er ein Ergebnis erzielt hat. Auch das alte Ortsverteilungsverfahren kannte keine Limitierung der Studienwünsche.

Dagegen macht eine Festlegung der Reihenfolge der Studienwünsche Sinn. Denn nur hierdurch kann sichergestellt werden, dass ein im Abgleichverfahren zugeteilter Studienplatz tatsächlich angenommen wird. Warum angesichts dieses Sachzwangs aber auch hier mit dem Instrument der Verordnungsermächtigung gearbeitet wird, ist nicht plausibel. Eine materiell-rechtliche Regelung, wonach die Studienbewerber – wie auch bei einbezogenen Studiengängen – verpflichtet sind, ihre Studienwünsche in eine verbindliche Reihenfolge zu bringen, wäre sinnvoller gewesen.

Schlussbetrachtung und Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich werden lassen, dass die Ausgestaltung eines Hochschulzulassungsrechts eine Fülle hochkomplexer Rechtsfragen aufwirft, die zum Teil mit der bisher praktizierten Form

des Föderalismus,²⁷ zum Teil mit dem Autonomiestreben der Hochschulen und zum Teil mit den materiell-rechtlichen Fragen von objektiv sachgerechten und individuell zumutbaren Auswahlkriterien zusammenhängen.

Mit der Abschaffung der Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen durch die Föderalismusreform I waren die Tage des Hochschulrahmengesetzes, das seine Weitergeltung nur noch einer Übergangsregelung in Art. 125a GG verdankt, gezählt. Von der Gesetzgebungskompetenz für das Hochschulzulassungsrechts gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG will der Bund derzeit keinen Gebrauch machen. Die in diesem Aufsatz aufgezeigten Probleme sind aber hinreichender Anlass, diese Position des Bundes noch einmal zu überdenken. Zum einen hat der Verfassungsgeber durch die Aufzählung in Art. 72 Abs. 2 GG zum Ausdruck gebracht, dass das Hochschulzulassungsrecht schon von Verfassungs wegen zu den Materien gehört, die eine bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich macht.²⁸ Zum anderen ist dem Bund auf dem Gebiet des Hochschulzulassungsrechts – im Gegensatz zu der bisherigen rahmenrechtlichen Kompetenz auf dem Gebiet des Hochschulwesens – eine Vollregelung mit bundesunmittelbarer Wirkung erlaubt, und zwar nicht nur für Studiengänge mit Zulassungsbeschränkungen, sondern für alle Studiengänge.

Speziell für Studiengänge mit absolutem Numerus clausus ist ein Rechtszustand unerträglich, der ausschließlich auf – mehr oder minder – übereinstimmenden landesgesetzlichen Regelungen beruht. Wie die Geschichte des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen belegt, ist nicht gewährleistet, dass die erforderliche gesetzliche Regelung zur Beschränkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zeitnah ergeht. Die lange hinausgeschobene Umsetzung des durch das HRG neu geschaffenen Hochschulzulassungsrechts durch Abschluss eines neuen Staatsvertrages ist abschreckendes Beispiel genug. Hinzu kommen die zum Teil erheblichen bildungspolitischen Differenzen zwischen den Bundesländern, die insbesondere die Geschichte der Kultusministerkonferenz prägt. Geht es bei der Hochschulzulassung um ein zentralstaatlich bedeutsames Anliegen, dann hat der Bürger ein Recht darauf, dass der Bund von seinen Gesetzgebungskompetenzen auch Gebrauch macht.

²⁷ Gemeint ist die Doppelung von bundesrechtlichen und gemeindeutschen landesrechtlichen Regelungen und Verfahren.

²⁸ Ipsen, NJW 2006, 2801, 2803; Degenhart, NVwZ 2006, 1209, 1211.

Nachdem in der neueren Diskussion es gerade der Hochschuleingang ist, der Ansatzpunkt für Forderungen nach Veränderung des Hochschulzulassungssystems war, indem der Versuch unternommen wurde, den Begriff der Studieneignung neu zu definieren und ihn mit der Auswahlentscheidung über knappe Studienplätze zu vermengen, verwundert es nicht, dass in der Debatte um den Umfang der Bundeskompetenz für das Hochschulzulassungsrecht die nicht von der Hand zu weisende Forderung aufgestellt worden ist, hierunter auch alle Fragen des Hochschuleingangs zu fassen.²⁹

Allerdings – und darauf weisen alle Kritiker der Verfassungsreform hin – ist die Bundeskompetenz für das Hochschulzulassungsrecht als sogenannte Abweichungskompetenz ausgestaltet, wie sich aus Art. 72 Abs. 3 GG ergibt. Hiernach sind die Länder berechtigt, bundesgesetzliche Regelungen über die Hochschulzulassung für ihren Bereich zu ändern. Wie in Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG formuliert ist, geht im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vor. Diese verfassungspolitisch missglückte Regelung enthebt den Bund nicht von seiner Verpflichtung, wenigstens in Studiengängen mit Zulassungsbeschränkungen von seiner Gesetzgebungskompetenz auch Gebrauch zu machen. Nur er kann nämlich mit der notwendigen umfassenden Durchsetzungskraft dafür sorgen, dass ein für den jeweiligen Vergabebereich einheitliches System an vergaberechtlichen Regelungen und Verfahren erlassen wird. Bei Studiengängen mit absolutem Numerus clausus erscheint es ausgeschlossen, dass die Länder von ihrer Abweichungskompetenz Gebrauch machen. Wenn diese auf diesem Gebiet kein Chaos anrichten wollen, sind sie gezwungen, abweichendes Recht zum gleichen Zeitpunkt als übereinstimmendes Landesrecht, also gemeindeutsche landesrechtliche Regelungen, in Kraft zu setzen, wozu sie sich in der Vergangenheit immer erst nach zeitaufwändigen Abstimmungsprozessen in der Lage sahen. Abgesehen davon dürften die Länder kaum in der Lage sein, den entstehenden Legitimationsdruck für ihr Abweichungsvorhaben gegenüber einer bestehenden bundesgesetzlichen Regelung durchzuhalten.

Ist der Vergaberaum für die Hochschulzulassung nur auf Landesebene oder sogar nur auf der Ebene einzelner Hochschulen zu finden, ist das Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung des Hochschulvergaberechts erheblich geringer. Hier würde sich anbieten, dass sich der Bund auf Grundsätze beschränkt und ausdrücklich Öffnungsklauseln für abweichendes Landesrecht in seine Gesetzgebung aufnimmt. Diese Vorgehensweise hätte den Vorteil, dass der Bund nur das im gesamtstaatlichen Inter-

²⁹ Gieseke, WissR 40 (2007), 180.

esse unbedingt Erforderliche regelt und die Länder dazu legitimiert, ihren eigenen hochschulpolitischen Vorstellungen nachzugehen. Angesichts der Europäisierung des Hochschulraums und der damit verbundenen einheitlichen Struktur der Studiengänge³⁰ werden die Möglichkeiten für regionale oder lokale Besonderheiten ohnehin immer geringer.

Literatur

- Bahro, Horst/Henning Berlin (2003): Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 4. Auflage Köln/Berlin/Bonn.
- Degenhart, Christoph (2006): Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 1209 – 1216.
- Denninger, Erhard (1984): Hochschulrahmengesetz. Kommentar. München.
- Gieseke, Ludwig (2007): Mit der Zulassung sollte auch der Zugang zum Studium bundesrechtlich geregelt sein, in: Wissenschaftsrecht, Volume 40, Number 2, April 2007, S. 180-194.
- Hauck-Scholz, Peter/Beate Brauhardt (2008): Verfassungsrechtliche Aspekte des neuen Studienplatzvergaberechts, in: Wissenschaftsrecht, Volume 41, Number 4, Oktober 2008, S. 307-344.
- Ipsen, Jörn (2006): Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, in: Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 2801-2806.
- Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.): Handbuch des Staatsrechts. Heidelberg/München/Landsberg/Frechen /Hamburg.

³⁰ Dies ist eine wichtige Grundlage für die Ausübung der Bundeskompetenz auf dem Gebiet der Hochschulabschlüsse, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 i.V.m. Art. 72 Abs. 3 Nr. 6 GG.